

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/197767>

Please be advised that this information was generated on 2019-12-04 and may be subject to change.

# Het Cambridge Analytica-schandaal: wat kan de Nederlandse Facebook-gebruiker claimen?

T.F. Walree<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Het Brits-Amerikaanse Cambridge Analytica (hierna: 'CA') verwierf in de periode 2013-2015 op onrechtmatige wijze persoonsgegevens van 87 miljoen Facebook-gebruikers. Met deze gegevens genereerde CA stemprofielen van Amerikaanse Facebook-gebruikers. Naar verluidt zijn deze profielen ten behoeve van de Trump-campagne ingezet om via gerichte politieke advertenties het stemgedrag van Amerikaanse kiezers te beïnvloeden.<sup>2</sup> Ook zouden de persoonsgegevens van 1 miljoen Britten mogelijk zijn gebruikt door het 'Leave'-kamp bij het Brexit-referendum.<sup>3</sup>

De reacties op het schandaal waren niet mals. Britse en Amerikaanse advocaten startten in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk een 'class action' tegen Facebook en CA wegens het misbruiken van persoonsgegevens voor het "ontwikkelen van politieke propagandacampagnes" en de "ondermijning van het democratische proces."<sup>4</sup> Als reactie op het schandaal vordert de Belgische

consumentenbond Test Aankoop 200 euro schadevergoeding per Belgische gebruiker van Facebook.<sup>5</sup> De Britse gegevensbeschermingsautoriteit Information Commissioner's Office (ICO) heeft Facebook de maximale boete van 500.000 pond opgelegd. De grondslag van de boete is dat Facebook de persoonsgegevens van zijn gebruikers onvoldoende heeft beschermd.<sup>6</sup> Ook bundelden het Amerikaanse ministerie van Justitie, de FBI en Amerikaanse toezichthouders SEC en FTC de krachten voor een onderzoek.<sup>7</sup>

In een hoorzitting van het Europees Parlement vertelde Mark Zuckerberg (CEO Facebook) dat Facebook de 2,7 miljoen betrokken Europese Facebook-gebruikers niet compenseert. Volgens Zuckerberg heeft CA slechts persoonsgegevens gebruikt van Amerikaanse Facebook-gebruikers.<sup>8</sup> Evenwel zijn de persoonsgegevens van de Nederlandse Facebook-gebruiker op onrechtmatige wijze verzameld door CA en niet adequaat beveiligd door Facebook (zie meer uitvoerig paragraaf 2). De vraag is daarom of de getroffen Nederlandse Facebook-gebruiker toch geen schadevergoeding toekomt.

In deze bijdrage onderzoek ik of een schadeclaim door de Nederlandse Facebook-gebruiker tegen Facebook kans van slagen heeft. Ik verdiep me bovendien in de hoogte van een eventuele schadever-

- 
1. Tim Walree is als promovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) van de Radboud Universiteit. Tevens is hij verbonden aan het Institute for Computing and Information Sciences (iCIS) van de Radboud Universiteit. (T.Walree@jur.ru.nl).
  2. M. Persson, 'Trump-campagne gebruikte gegevens 50 miljoen Facebookgebruikers om stemgedrag te beïnvloeden', *De Volkskrant* 18 maart 2018; C. Cadwalladr & E. Graham-Harrison, 'Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach', *The Guardian* 17 maart 2018; M. Rosenberg, N. Confessore & C. Cadwalladr, 'How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions', *The New York Times* 17 maart 2018.
  3. Information Commissioner's Office (ICO), *Investigation into the use of data analytics in political campaigns. Investigation update* (11 juli 2018), te raadplegen via: <https://ico.org.uk/media/action-weve-taken/2259371/investigation-into-data-analytics-for-political-purposes-update.pdf>.
  4. O. Bowcott & A. Hern, 'Facebook and Cambridge Analytica face class action lawsuit', *The Guardian* 10 april 2018.

- 
5. <https://www.test-aankoop.be/hightech/internet/nieuws/class-action-facebook>.
  6. Het boetebesluit van de ICO is te raadplegen via: <https://ico.org.uk/action-weve-taken/enforcement/facebook-ireland-ltd/>.
  7. C. Timberg e.a., 'Facebook's disclosures under scrutiny as federal agencies join probe of tech giant's role in sharing data with Cambridge Analytica', *The Washington Post* 2 juli 2018.
  8. Zie de antwoorden van Mark Zuckerberg op de vragen van het Europees Parlement: <http://www.europarl.europa.eu/the-president/en/newsroom/answers-from-facebook-to-questions-asked-during-mark-zuckerberg-meeting>, onder 8. Wel geeft Zuckerberg impliciet toe dat Kogan de gegevens van Europese gebruikers heeft verzameld, maar niet dat Kogan de gegevens van Europese gebruikers aan CA heeft verstrekt.

goeding. CA heeft per 1 mei 2018 faillissement aangevraagd: claims tegen die rechtspersoon zal deze bijdrage daarom niet behandelen. Deze bijdrage streeft geenszins naar een economisch waterdichte onderbouwing, maar beoogt slechts een indicatie te geven van het bedrag dat de getroffen Nederlandse Facebook-gebruiker mogelijk kan claimen.

Allereerst geef ik een beschrijving van het feitencomplex (paragraaf 2). Vervolgens bespreek ik in hoeverre de Nederlandse Facebook-gebruiker in aanmerking komt voor een schadevergoeding (paragraaf 3). Daarna ga ik in op verschillende schadebegrotingsmethoden en geef ik een schatting van de omvang van een mogelijke schadevergoeding (paragraaf 4). Ik sluit de bijdrage af met een conclusie (paragraaf 5).

## 2. De feiten<sup>9</sup>

Aleksandr Kogan, neuropsycholoog aan Cambridge University en eigenaar van het bedrijf Global Science Research, ontwikkelde in 2013 de persoonlijkheidsquiz 'This Is Your Digital Life'. Aan de 320.000 Facebook-gebruikers die deelnamen aan de quiz werd verteld dat de quizresultaten uitsluitend zouden worden gebruikt voor wetenschappelijk onderzoek. Toegang tot de quiz vereiste inloggegevens voor Facebook. Dit gaf Kogan toegang tot gegevens van de quizdeelnemer. Afhankelijk van de privacy-instellingen betroffen deze gegevens hun publieke profiel (inclusief naam, geslacht, geboortedatum en woonplaats), foto's waarin zij waren *getagged*, berichten op hun tijdlijn, pagina-likes, vriendenlijst en e-mailadres.

Kogan verzamelde de gegevens via de API<sup>10</sup> van Facebook. Door het API-design kon Kogan ook gegevens verzamelen van 87 miljoen Facebook-vrienden van de quizdeelnemers, waaronder 90.000 Nederlanders.<sup>11</sup> Het platformbeleid van Facebook stond destijds (juni 2014-april 2015) toe dat de app *by default* ook gegevens van Facebook-vrienden kon verzamelen, tenzij Facebook-gebruikers in hun privacy-instellingen hadden aangegeven dat hun gegevens niet op dergelijke wijze konden worden verzameld.<sup>12</sup> Afhankelijk van de privacy-instellingen, kon Kogan de volgende gegevens verzamelen van de Facebook-vriend van de quizdeelnemer: zijn publieke profiel (inclusief naam, geslacht, geboortedatum en woonplaats), foto's waarin hij is *getagged* en pagina-likes.

In opdracht van CA ontwikkelde Kogan, met behulp van de quizresultaten en Facebook-gegevens van de quizdeelnemers, persoonlijkheidsprofielen.<sup>13</sup> Daarnaast creëerde Kogan, op basis van de verzamelde Facebook-gegevens van zowel de quizdeelnemers als van hun Facebook-vrienden, 30 miljoen stemprofielen van Amerikaanse stemmers. De persoonlijkheidsprofielen werden vervolgens gecombineerd met deze stemprofielen om psychologische patronen te ontdekken bij Amerikaanse stemmers. Hierdoor konden de stemmers gericht worden benaderd met politieke advertenties tijdens de Amerikaanse presidentsverkiezingen van 2016, zodat hun stemgedrag kon worden beïnvloed. Er werden door Kogan ook gegevens verzameld van ongeveer 1 miljoen Britten. In hoeverre gegevens van Britse stemmers zijn gebruikt voor gerichte advertenties bij het Brexit-referendum is echter nog onduidelijk.<sup>14</sup> Zuckerberg beweert dat er geen aanwijzingen zijn dat Kogan gegevens van Europese gebruikers deelde met CA.<sup>15</sup> De gevolgen voor de 90.000 Nederlandse Facebookgebruikers zijn voorts nog onbekend.

## 3. In hoeverre komt de Nederlandse Facebookgebruiker in aanmerking voor een schadevergoeding?

### 3.1. Algemeen

Door het 'open' API-design maakte Facebook het mogelijk dat Kogan gegevens van miljoenen Facebook-gebruikers kon verzamelen. Hierdoor kan Facebook worden verweten dat het geen 'passende' maatregelen heeft genomen om de gegevens van zijn gebruikers te beveiligen.<sup>16</sup> Ook informeerde Facebook zijn gebruikers onvoldoende over de mogelijkheid dat gegevens van hen konden worden verzameld via hun Facebook-vrienden.<sup>17</sup> Omdat Facebook heeft nagelaten om te voldoen aan basale verplichtingen van het gegevensbeschermingsrecht, is de onrechtmatigheid van de 'verwerking'<sup>18</sup> evident. Hiermee is echter niet gezegd dat de Nederlandse Facebook-gebruiker ook (im)materiële schade lijdt door de onrechtmatige verwerking van zijn persoonsgegevens, die voor vergoeding in aanmerking komt. Ik behandel dit in de volgende paragrafen.

9. De feiten komen grotendeels uit een onderzoeksrapport van de ICO (vindplaats in noot 3).

10. Een Application Programming Interface (API) zorgt ervoor dat verschillende softwareprogramma's met elkaar kunnen communiceren. Via deze interface heeft een app-ontwikkelaar toegang tot het platform van Facebook.

11. Zie: <https://nos.nl/artikel/2225835-zuckerberg-over-dataschandaal-het-was-mijn-fout.html>.

12. ICO 2018, p. 22.

13. De profielen werden gebaseerd op het OCEAN-model, dat uitgaat van vijf persoonlijkheidsdimensies: Openness, Conscientiousness, Extraversion, Agreeableness en Neuroticism.

14. ICO 2018, p. 33-34.

15. Zie noot 8.

16. De beveiligingsplicht is opgenomen in art. 32 AVG en art. 13 Wbp (oud).

17. De plicht om een betrokkene te informeren over de verwerking van zijn persoonsgegevens is opgenomen in art. 13-14 AVG en art. 33-34 Wbp (oud). Zie ook ICO 2018, p. 27.

18. Art. 4 sub 2 AVG.

De onrechtmatige verwerking door Facebook geschiedde vóór de inwerkingtreding (25 mei 2018) van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Evenwel bepaalde art. 49 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) voor inwerkingtreding van de AVG ook al dat schade, als gevolg van een inbreuk op de Wbp, moet worden vergoed. Voor immateriële schade had de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding (art. 49 lid 2 Wbp). Het Hof van Justitie had de bevoegdheid om het schadebegrip van art. 23 lid 1 Dataproductierichtlijn<sup>19</sup> uit te leggen, zoals het nu de bevoegdheid heeft om schade uit leggen in het kader van art. 82 AVG.<sup>20</sup> De AVG bepaalt dat schade 'ruim' moet worden uitgelegd 'op een wijze die ten volle recht doet aan de doelstellingen van deze verordening'.<sup>21</sup> Het Hof van Justitie heeft in een bredere context bepaald dat een schadevergoeding een 'echt afschrikkende werking' moet hebben en in 'passende verhouding tot de geleden schade' moet staan.<sup>22</sup> Het Hof van Justitie heeft zich echter nooit uitgelaten over het schadebegrip bij een onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens. Daarnaast heeft de Nederlandse rechter, in die zaken waarin een schadevergoedingsverzoek werd gedaan na een inbreuk op de Wbp, nooit richtlijnconforme interpretatie toegepast of prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie over de omvang van de vergoedbare schade bij een onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens. In deze bijdrage ga ik daarom uit van de uitgangspunten van het Nederlandse recht ten aanzien van de vergoedbare schade.

Een onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens kan zowel vermogensschade als immateriële schade veroorzaken.<sup>23</sup> Beide categorieën komen volgens het Nederlandse Burgerlijk Wetboek voor vergoeding in aanmerking (art. 6:95 BW). Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst (art. 6:96 lid 1 BW). Ook redelijke kosten gemaakt ter voorkoming of beperking van de schade (lid 2 sub a), ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid (lid 2 sub b) en ter verkrijging van voldoening buiten rechte (lid 2 sub c) zijn ver-

goedbare schadeposten, mits zij de 'dubbele redelijkheidstoets' doorstaan.<sup>24</sup>

Immateriële schade komt voor vergoeding in aanmerking als de benadeelde 'in zijn persoon is aangetast' (art. 6:106 lid 1 sub b BW). De drempel voor de toekenning van een immateriële schadevergoeding is hoog.<sup>25</sup> Het enkele psychische onbehagen, zoals frustratie of ergernis, is onvoldoende.<sup>26</sup> Voor vergoeding van immateriële schade moet de benadeelde aantonen dat hij 'geestelijk letsel' ondervindt. Er moet sprake zijn van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld<sup>27</sup> dat is vastgesteld aan de hand van concrete en objectieve gegevens.<sup>28</sup>

Een benadeelde heeft ook recht op een immateriële schadevergoeding als er sprake is van een ernstige inbreuk op een fundamenteel recht,<sup>29</sup> ook wel 'integriteitsschade' genoemd.<sup>30</sup> De schadevergoeding geldt dan als genoegdoening voor de inbreuk op het fundamentele recht. Bij de beoordeling of de schending van een fundamenteel recht leidt tot een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW zijn van belang 'de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer'.<sup>31</sup> De gevolgen van die inbreuk moeten de benadeelde rechtstreeks treffen.<sup>32</sup> De rechtspraak laat zien dat terughoudendheid geboden is bij toepassing van de leer van integriteitsschade. Zoals Giesen signaleert: "er moet dus wel echt iets aan de hand zijn."<sup>33</sup> Ten slotte komt de benadeelde een immateriële schadevergoeding toe als hij in

19. Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens. De Wbp betrof de nationale omzetting van die richtlijn.

20. Zie uitvoerig Walree 2017, p. 928-930.

21. Overweging 146 AVG.

22. HvJEG 10 april 1984, C-14/83 (*Von Colson en Kamann*), p. 23; HvJEG 2 augustus 1993, C-271/91 (*Marshall*), p. 24; HvJEG 22 april 1997, C180/95 (*Draehmpaehl*), p. 25. Specifiek voor het gegevensbeschermingsrecht vereist het EHRM 'voldoende genoegdoening', zie EHRM 17 juli 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0717JUD002051103 (*I. v. Finland*), p. 55.

23. O. Lynskey, *The Foundations of EU Data Protection Law*, New York: Oxford University Press 2015, p. 196-228; Walree 2017, p. 921-930; E. Descheemaeker, 'The Harms of Privacy', *Journal of Media Law* 2016, afl. 8, p. 278-306.

24. HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7624, m.nt. J.B.M. Vranken (*Manege Bergemo*), r.o. 3.4.

25. Rb. Noord-Nederland, 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715 (*Groningenveld/NAM*), r.o. 4.4.4.

26. HR 21 februari 1997, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful Birth*), r.o. 3.14.

27. HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.3; HR 9 oktober 2009, NJ 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Kleijnen/Reaal*), r.o. 3.5.

28. HR 9 mei 2003, NJ 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (*Be-liën/Prov. Noord-Brabant*), r.o. 5.2.3; HR 19 december 2003, NJ 2004/348 (*S.J./Staat*), r.o. 5.2.3.

29. HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oosterparkrellen*); HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*); HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, NJ 2012/410 (*Blauw oog*); Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715 (*Groningenveld/NAM*). Zie ook T.H. Nguyen, 'Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel', *NJB* 2009/1408, afl. 28, p. 1812-1818; K.J.O. Jansen, 'Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw', *WPNR* 2017/7133, p. 39-45.

30. Zie uitvoerig I. Giesen, 'Herstel als er (juridisch) geen schade is: "integriteitsschade"', in: E.C. Huijsmans & M. van der Weij (red.), *Schade en herstel*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014.

31. HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, NJ 2012/410 (*Blauw oog*), r.o. 3.5.

32. Rb. Noord-Nederland, 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715 (*Groningenveld/NAM*), r.o. 4.4.6. De rechtbank verwijst naar HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oosterparkrellen*). Zie ook Nguyen 2009.

33. Giesen 2014, p. 66.

zijn 'eer of goede naam is geschaad' (art. 6:106 lid 1 sub b BW).

### 3.2. Vermogensschade

Over het algemeen is bij een inbreuk op het gegevensbeschermingsrecht vermogensschade afwezig of moeilijk vast te stellen.<sup>34</sup> Toch kan dergelijke schade niet worden uitgesloten, met name omdat zij zich jaren later nog kan manifesteren.<sup>35</sup> Als gevolg van de openbaarmaking van gevoelige informatie kan een partij besluiten om niet met de 'betrokkene'<sup>36</sup> in zee te gaan, waardoor hij bijvoorbeeld een lucratieve opdracht misloopt. Het is onwaarschijnlijk dat de Nederlandse Facebook-gebruiker dergelijke schade ondervindt, omdat de verzamelde persoonsgegevens (nog) niet in het publieke domein zijn terechtgekomen. Daarbij moet de kanttekening worden gemaakt dat vermogensschade ook kan ontstaan door online prijsdiscriminatie – het vragen van verschillende prijzen aan verschillende klanten op online platforms, op basis van hun persoonsgegevens.<sup>37</sup> Het valt niet uit te sluiten dat gegevens van de Nederlandse Facebook-gebruiker terecht zijn gekomen bij derde partijen, zoals adverteerders.<sup>38</sup> Het probleem is echter dat de Facebook-gebruiker hier niet snel achter zal komen.

Vermogensschade kan in theorie ook ontstaan door waardevermindering van persoonsgegevens. Digitale diensten en *data brokers* baseren hun verdienmodellen vrijwel uitsluitend op het verzamelen en verkopen van persoonsgegevens.<sup>39</sup> Ook het voorstel voor de Richtlijn Digitale Inhoud gaat uit van een monetaire waarde van persoonsgegevens.<sup>40</sup> Als persoonsgegevens een monetaire waarde vertegenwoordigen, kan de onrechtmatige verzameling in potentie leiden tot de 'verwatering' van de marktwaarde van de persoonsgegevens van de

Facebook-gebruiker. Zijn gegevens zijn verspreid naar andere partijen dan Facebook, waardoor de beschikbaarheid van zijn persoonsgegevens is toegenomen. Dit betekent dat zijn gegevens nu minder schaars zijn dan voorheen, waardoor de marktwaarde van zijn gegevens mogelijk daalt.<sup>41</sup> De vraag is echter of de Facebook-gebruiker daadwerkelijk schade lijdt. Hij is zelf immers niet of slechts in zeer beperkte mate in staat om deze gegevens te gelde te maken. Daarnaast ligt het niet voor de hand dat hij door deze verwatering geen toegang meer heeft tot een 'gratis' dienst die hij anders wel had kunnen gebruiken.

Het niet kunnen aantonen van schade hoeft echter geen obstakel te zijn voor het verkrijgen van een schadevergoeding. De betrokkene kan op grond van art. 6:104 BW een beroep doen op afdracht van (een gedeelte van) de winst van Facebook.<sup>42</sup> Hier voor moet de betrokkene aannemelijk maken dat hij schade leed door de onrechtmatige daad en stellen dat Facebook *door* die onrechtmatige daad winst genoot. Het is dus niet noodzakelijk dat concreet nadeel door de betrokkene wordt aangetoond. De aannemelijke schade kan bijvoorbeeld schuilen in de 'verwatering' of waardedaling van de persoonsgegevens, door de verdere verspreiding van zijn persoonsgegevens. Winst moet ruim worden opgevat: ieder financieel voordeel dat de aangesprokene door zijn onrechtmatig handelen genoot. Zelfs beperking van het geleden verlies kan als winst worden aangemerkt.<sup>43</sup> Niet is vereist dat de benadeelde die winst zelf had kunnen realiseren.<sup>44</sup> Indien de Facebook-gebruiker aannemelijk maakt dat schade door de onrechtmatige verwerking is ontstaan en dat Facebook financieel voordeel genoot door de onrechtmatige verwerking, dan is het vervolgens aan Facebook om 'rekening en verantwoording' af te leggen over de genoten winst. Als Facebook na laat om winstcijfers te overleggen kan de rechter 'de gevolgtrekking maken die hij geraden acht' (art. 21 en 22 Rv.)<sup>45</sup>

De betrokkene kan mogelijk ook de redelijke kosten claimen die dienen ter voorkoming of beperking van de schade. Tjong Tjin Tai noemt bijvoorbeeld de kosten van een procedure om de verspreiding van persoonsgegevens te voorkomen.<sup>46</sup>

34. Descheemaeker 2016, p. 278-306; D.J. Solove & D.K. Citron, 'Risk and Anxiety: A Theory of Data Breach Harms', *Texas Law Review* 2018, p. 755; P. De Hert, 'From the Principle of Accountability to System Responsibility – Key Concepts in Data Protection Law and Human Rights Law discussions', *International Data Protection Conference 2011*, p. 100. Te raadplegen via: <http://www.vub.ac.be/LSTS/pub/Dehert/410.pdf>.

35. N.N. Purtova, *Property rights in personal data: A European perspective* (diss. Tilburg University), Oisterwijk: BOXPress BV 2011, p. 42; Lynskey 2015, p. 222; Solove & Citron 2018, p. 775-776.

36. De 'betrokkene' is het individu waarvan persoonsgegevens worden verwerkt, ofwel de 'geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon' (art. 4 sub 1 AVG).

37. Zie uitvoerig over online prijsdiscriminatie: F. Zuiderveen Borgesius & J. Poort, 'Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law', *Journal of Consumer Policy* 2017, afl. 3, p. 346-366.

38. Zie ICO 2018, p. 24.

39. B. Lubomirov, 'Persoonsgegevens betalen de rekening', *WPNR* 2018/7181, p. 151-160.

40. Voorstel voor een richtlijn betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud, COM (2015) 634 Final.

41. S. Romanosky & A. Acquisti, 'Privacy Costs and Personal Data Protection: Economic and Legal Perspectives', *Berkeley Technology Law Journal* 2009, afl. 3, p. 1062-1063.

42. Zie ook Walree 2017, p. 926. Met verwijzing naar C.H. Sieburgh, 'Gerechtigheid en rechtshandhaving', *WPNR* 2010/6843, p. 394-395.

43. HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662 (*Setel/AVR*), r.o. 3.3.3 - 3.3.4.

44. HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, (*Strichting Ymere*), r.o. 3.7.

45. HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3241 (*Sjopspeel*), r.o. 4.2.2 - 4.2.3.

46. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Aansprakelijkheid bij datalekken', *WPNR* 2016/7110, p. 463.



### 3.3. Immateriële schade

Door het schandaal kan het vertrouwen van de getroffen Facebook-gebruiker ernstig zijn geschaad. Daarnaast kan de inbreuk op zijn privacy leiden tot spanning, frustratie en een gevoel van machteloosheid bij de betrokkene.<sup>47</sup> De betrokkene kan bovendien toekomstige gevolgen vrezen: wat staat hem te wachten als gevolg van de heimelijke gegevensverwerking?

Voor een immateriële schadevergoeding zal de Facebookgebruiker moeten aantonen dat er sprake is van een 'aantasting in de persoon'. Afgaande op het feitencomplex is geestelijk letsel als gevolg van het schandaal niet ondenkbaar, maar onwaarschijnlijk. Ook een schadevordering gebaseerd op een schending van 'de eer of goede naam' is niet erg kansrijk. Dit type vorderingen betreft over het algemeen onjuiste perspublicaties of andere publieke mededelingen waarvan de dader wist of moest weten dat deze onjuist waren.<sup>48</sup> De gegevens in dit schandaal zijn echter niet in het publieke domein terechtgekomen.

Heeft een schadevergoedingsactie tegen Facebook, gebaseerd op integriteitsschade, dan wél een goede kans van slagen? Voor een immateriële schadevergoeding moet de betrokkene aantonen dat hij, door de ernstige inbreuk op zijn fundamentele recht op bescherming van zijn persoonsgegevens,<sup>49</sup> in zijn persoon is aangetast in de zin van art. 6:106 lid 1 sub BW. Voor de beoordeling of hier sprake van is, zijn zowel de bijzondere ernst van de normschending als de ernst van de gevolgen van belang. Zijn de inbreuk en de gevolgen van dit schandaal dan zo ernstig of bijzonder dat er sprake is van integriteitsschade? Het API-design van Facebook faciliteerde de heimelijke gegevensverzameling door Kogan en/of CA. Facebook heeft zijn beveiligingsplicht geschonden en heeft daarmee een ernstige inbreuk gemaakt op het recht op adequate gegevensbescherming van de Nederlandse Facebook-gebruiker. Het valt echter ten zeerste te betwijfelen of de gevolgen in dit schandaal zo ernstig zijn dat er sprake is van integriteitsschade. De concrete gevolgen voor Nederlandse Facebook-gebruikers blijven immers beperkt tot de ongeïnformeerde verzameling van hun persoonsgegevens. Er zijn geen aanwijzingen dat hun gegevens zijn aangewend voor het genereren van een stemprofiel, waardoor hun stemgedrag kon worden beïnvloed. De rechtspraak indiceert dat er voor integriteitsschade meer aan de hand moet zijn dan slechts de loutere heimelijke gegevensverzameling of de inadequate beveiliging van persoonsgegevens. In de zaken waarin integriteits-

schade werd erkend ging het uitsluitend om ernstige, invasieve inbreuken op de fysieke of psychische integriteit van de persoon. De ernst van de inbreuk en gevolgen in dit schandaal lijken – althans voor de Nederlandse Facebook-gebruiker – niet zo ernstig. Sterker nog, het lijkt erop dat er geen gevolgen zijn die de Nederlandse Facebook-gebruiker rechtstreeks treffen. Op basis van de feiten acht ik een vordering wegens integriteitsschade niet kansrijk. Evenwel is de omvang van het schandaal onzeker: politieke beïnvloeding in Nederland is niet uitgesloten. Indien blijkt dat gegevens wel degelijk zijn gebruikt voor politieke beïnvloeding, bijvoorbeeld in de aanloop naar de Tweede Kamerverkiezingen, dan kan de Nederlandse Facebook-gebruiker stellen dat zijn (democratische) zelfbeschikkingsrecht is aangetast.<sup>50</sup> In dat geval zijn er wel gevolgen die hem rechtstreeks treffen en is een succesvolle vordering wegens integriteitsschade plots een stuk realistischer. Dan is echter de vraag in hoeverre het genereren van de stemprofielen door Kogan/CA aan Facebook kan worden toegerekend. Facebook creëerde de profielen immers niet zelf. Evenwel bood Facebook, door het open API-design, Kogan en CA de ultieme gelegenheid om de gegevens te verzamelen.

Er is in de Nederlandse rechtspraak slechts een beperkt aantal Nederlandse civiele en bestuursrechtelijke procedures<sup>51</sup> waarin een betrokkene een schadevergoedingsverzoek deed op grond van een onrechtmatige verwerking van zijn persoonsgegevens. Ook uit die rechtspraak blijkt dat in situaties zonder geestelijk letsel de rechter ruimte ziet voor een immateriële schadevergoeding.<sup>52</sup> In deze gevallen betreft het meestal een onrechtmatige verwerking met een behoorlijke impact op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene: een persoonlijk of rechercheonderzoek,<sup>53</sup> een verzekeraar die geheime adresgegevens verstrekt aan een dreigende ex-echtgenoot,<sup>54</sup> een onderneming die onjuiste persoonsgegevens verstrekt aan overheidsinstanties waardoor de betrokkene ten onrechte belastingaanslagen en vorderingen tot terugbetaling van toeslagen en studiegelden ontvangt,<sup>55</sup> of het onge-

47. Lynskey 2015, p. 211.

48. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 298.

49. Het recht op de bescherming van persoonsgegevens is als fundamenteel recht opgenomen in art. 8 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

50. Vgl. HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*).

51. In bestuursrechtelijke procedures wordt aansluiting gezocht bij het civiele schadevergoedingsrecht.

52. Rb. Oost-Brabant 22 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2701 (*X/Sûreté*), r.o. 4.6; ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1479, r.o. 9.1.

53. Rb. Zwolle-Lelystad 4 mei 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BV6594 (*X/Aegon*), r.o. 4.18-4.19; Rb. Oost-Brabant 22 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2701 (*X/Sûreté*), r.o. 4.6; Rb. Amsterdam 2 november 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO6456 (*X/Amsterdam*), r.o. 3.6 - 3.7. In deze laatste uitspraak werd de Wbp niet uitdrukkelijk genoemd, maar ging het wel om de registratie van persoonsgegevens.

54. Rb. Utrecht 12 augustus 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ5273 (*X/Agis*), r.o. 4.12.

55. Rb. Noord-Holland (ktr.) 28 december 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:10635 (*X/Van Hees*), r.o. 5.6 - 5.7.

oorloofd delen van een asioldossier.<sup>56</sup> Daarnaast valt op dat in die zaken alleen persoonsgegevens van die specifieke betrokkene zijn verwerkt en de consequenties voor hem evident nadelig zijn. De (bijzondere) ernst van die gevallen lijkt moeilijk op één lijn te stellen met de situatie waarin de Nederlandse Facebook-gebruiker verkeert.

Wellicht stemt een vonnis van de rechtbank Noord-Nederland de Nederlandse Facebook-gebruiker optimistischer.<sup>57</sup> Ook in die zaak heeft de onrechtmatige verwerking slechts een beperkte impact op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. Toch kende de rechtbank een immateriële schadevergoeding toe van 100 euro. In dit geval had een advocatenkantoor WSNP-gegevens van de betrokkene uit de Staatscourant overgetypt. Vervolgens deed het kantoor per post een aanbod voor rechtsbijstand aan de betrokkene. De betrokkene was 'door het onverwachts vinden van de brief op haar deurmat, geschrokken en geëmotioneerd.' Omdat de gevolgen in deze zaak niet ernstig zijn, lijkt het erop dat de rechtbank de inbreuk – of de onrechtmatige verwerking – als zodanig heeft willen sanctioneren. Die gedachte is ook terug te zien in een vonnis van de rechtbank Midden-Nederland, die het 'zonder toestemming en noodzaak verstrekken van medische gegevens' kwalificeerde als persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW.<sup>58</sup>

Levert de inbreuk door Facebook, of de gevolgen daarvan, dan een persoonsaantasting op? Ik sluit het niet uit. Aan de ene kant vereist de rechtspraak voor integriteitsschade een ernstige inbreuk en ernstige, rechtstreekse gevolgen. Het probleem in dit schandaal is echter dat die gevolgen voor de Nederlandse Facebook-gebruiker (vooralsnog) ontbreken. De rechtspraak waarbij een immateriële schadevergoeding werd toegekend na een onrechtmatige verwerking, omvat hoofdzakelijk gevallen met een behoorlijke impact op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. Hiervan lijkt in het onderhavige schandaal, althans voor de Nederlandse Facebook-gebruiker, zeker geen sprake. Aan de andere kant zijn er twee recente vonnissen die de inbreuk als zodanig kwalificeren als persoonsaantasting, en minder de nadruk leggen op de (ernst van de) gevolgen voor de betrokkene.

Een claim voor immateriële schade wordt in de toekomst mogelijk kansrijker indien het Hof van Justitie, door middel van autonome en contextafhankelijke interpretatie, de schade bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens interpreteert aan de hand van wat 'voor de betrokkene zeer belangrijk is'.<sup>59</sup> In dat geval sluit ik niet uit dat het Hof van Justitie het onrechtmatig verwerken van per-

soonsgegevens als zodanig kwalificeert als immateriële schade.

## 4. De omvang van de mogelijke schadevergoeding

### 4.1. Vermogensschade

Vermogensschade (zoals het mislopen van een lucratieve opdracht of prijsdiscriminatie) valt in deze casus niet uit te sluiten, maar is moeilijk te bewijzen. Daarnaast heeft het weinig nut om bedragen te noemen: eventuele materiële schade zal per betrokkene verschillen.

In potentie zijn er wel andere materiële schade-posten die, mits zij door de rechter worden erkend, voor elke getroffen Facebook-gebruiker grotendeels hetzelfde zijn. Deze schade hangt samen met de monetaire waarde van (een verzameling) persoonsgegevens. Maar hoe schat men die waarde? Volgens een rapport van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) is die schatting lastig en is er geen algemeen geaccepteerde waarderingsmethode.<sup>60</sup> Voor enige richting noemt het rapport toch zes methoden. Ik bespreek drie methoden die voor de Facebook-gebruiker interessant zijn:

1. Een eerste methode is de gemiddelde marktprijs waarvoor persoonsgegevens worden verhandeld. Deze waarde geeft echter niet de totale inkomsten weer, omdat persoonsgegevens 'non-rivalrous' zijn. Dat wil zeggen dat het gebruik van de data door de een, niet betekent dat de ander diezelfde data niet meer kan gebruiken. De marktprijs vertelt daarom slechts wat een partij bereid is te betalen voor een kopie van het persoonsgegeven.<sup>61</sup>
2. Een tweede waarderingsmethode is de gemaakte winst per gebruiker.
3. Een derde waarderingsmethode is de waardering door de betrokkene zelf. Dit kan bijvoorbeeld door economisch onderzoek en enquêtes, waarin wordt onderzocht voor welk bedrag de betrokkene zijn persoonsgegevens wil prijsgeven.<sup>62</sup> Het probleem met deze methode is dat de betrokkene zelf slechts in beperkte mate zijn persoonsgegevens kan exploiteren.<sup>63</sup>

Deze drie methoden kunnen richtinggevend zijn bij drie vorderingen tot schadevergoeding:

1. **Vordering 1:** De marktwaarde van de persoonsgegevens (methode 1) is een eerste stap bij het bepalen van het waardeverlies van de persoons-

60. OECD, 'Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value', *OECD Digital Economy Papers*, No. 220, Parijs: OECD Publishing 2013, p. 2.

61. OECD 2013, p. 26.

62. OECD 2013, p. 32.

63. Er bestaan wel initiatieven op dit gebied, zoals Dime en Leafiad. Zie ook F. Schultz, 'Geld verdienen met je persoonsgegevens', *Het Financieel Dagblad* 8 mei 2017.

56. ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1479, r.o. 9.1.

57. Rb. Noord-Nederland 3 mei 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1700 (X/Advocatenkantoor).

58. Rb. Midden-Nederland 21 maart 2018, ECLI:NL:RBM-NE:2018:1905, r.o. 4.13.

59. Zie Walree 2017, p. 928-930.

gegevens van de betrokkene door de toegenomen beschikbaarheid of de verwatering van zijn persoonsgegevens.

2. **Vordering 2:** De winst per gebruiker (methode 2) geeft aan wat een betrokkene kan krijgen aan schadevergoeding bij winstafdracht ex art. 6:104 BW.
3. **Vordering 3:** De zelfwaarderingmethode (methode 3) kan helpen bij het bepalen van een schadevergoeding gebaseerd op de onrechtmatige exploitatie van persoonsgegevens. De rechter baseert de vergoeding dan op de prijs waarvoor de betrokkene bereid zou zijn geweest om zijn gegevens te verstrekken. Vergelijk dit met de schadevergoeding bij een auteursrechtinbreuk die wordt gebaseerd op de (misgelopen) licentievergoeding.<sup>64</sup>

### Vordering 1. Waardeverlies door 'verwatering' persoonsgegevens

Wat kan de betrokkene claimen indien hij stelt dat de marktwaarde van zijn persoonsgegevens is verwaterd? Erg weinig, zo lijkt het. De marktwaarde van een verzameling persoonsgegevens bedraagt namelijk meestal niet meer dan 1 dollar.<sup>65</sup> Die waarde kan afnemen naarmate de beschikbaarheid van die persoonsgegevens toeneemt. Ervan uitgaande dat de betrokkene zijn gegevens zelf te gelde kan maken, dan blijft zijn vermogensschade gering. Waarschijnlijk gaat het om eurocenten. Dergelijke strooischade kan in de toekomst mogelijk worden verhaald via een collectieve schadevergoedingsactie,<sup>66</sup> maar voor zo een laag bedrag is dit een onwaarschijnlijk scenario.

### Vordering 2. Winstafdracht ex art. 6:104 BW

Een aannemelijk waardeverlies van persoonsgegevens kan echter wel de deur openzetten voor een afdracht van winst op grond van art. 6:104 BW. De Facebook-gebruiker hoeft zeggeend geen concreet nadeel aan te tonen, maar hoeft slechts aannemelijk te maken dat hij enige vorm van schade heeft geleden.

De rechter zou voor de begroting van de winstafdracht kunnen kijken naar de jaarrekeningen van Facebook van de afgelopen jaren.<sup>67</sup> Daarbij kan de gemiddelde omzet per gebruiker (average revenue per user; ARPU) een handige indicator zijn. De rech-

ter kan dan voor het bepalen van de winst het wereldwijde winstpercentage<sup>68</sup> van dat jaar over het Europese ARPU van datzelfde jaar toepassen.

In 2017 bedroeg de ARPU voor de Europese markt: 5,42 dollar (Q1), 6,28 dollar (Q2), 6,85 dollar (Q3) en 8,86 dollar (Q4). Over 2017 bedraagt de ARPU in totaal dan 27,41 dollar. De wereldwijde omzet over 2017 bedroeg 40,653 miljard dollar, de wereldwijde winst bedroeg 15,934 miljard dollar (een winstpercentage van 39,20%). De winst per Europese gebruiker over 2017 is dan  $(27,41 \times 0,392 =) 10,74$  dollar. Als dezelfde formule wordt toegepast over de voorgaande jaren dan is de winst per Europese gebruiker 7,17 dollar<sup>69</sup> (2016), 2,95 dollar<sup>70</sup> (2015), 2,74 dollar<sup>71</sup> (2014) en 1,53 dollar<sup>72</sup> (2013).

Deze bedragen kunnen eventueel door de rechter worden opgeteld, mits hij oordeelt dat de onrechtmatige verwerking zich over een langere periode uitstrekte. In het onderhavige schandaal is dat waarschijnlijk ook het geval, aangezien de persoonlijkheidsquiz operationeel was in de periode 2013-2015, en Kogan ten minste in de periode van juni 2014 tot en met april 2015 standaard toegang had tot de gegevens van vrienden van de quizdeelnemers. Evenwel vloeit de winst per Europese gebruiker uiteraard ook voort uit de verkoop van advertentieruimte aan andere partijen. De winst die Facebook behaalde aan CA is slechts een fractie van de totale winst. De Nederlandse Facebook-gebruiker kan dus slechts aanspraak maken op een zeer gering bedrag. Daartegenover staat dat de rechter in aanmerking kan nemen dat de 'open' API Facebook mogelijk meer winst heeft opgeleverd dan het behaalde aan CA. Hoewel de rechter de winst kan schatten op grond van art. 6:97 BW, ligt het meer voor de hand dat hij rekening houdt met de winstbedragen zoals hierboven genoemd.

68. Ik heb geen winstpercentages kunnen vinden die betrekking hebben op de Europese markt.

69. In 2016 bedroeg de ARPU voor Europa: 3,98 dollar (Q1), 4,72 dollar (Q2), 4,72 dollar (Q3) en 5,98 dollar (Q4), een totaal van 19,40 dollar. De wereldwijde omzet en winst bedroegen respectievelijk 27,638 miljard dollar en 10,217 miljard dollar (winstpercentage van 36,97%).

70. In 2015 bedroeg de ARPU voor Europa: 2,99 dollar (Q1), 3,36 dollar (Q2), 3,47 dollar (Q3) en 4,50 dollar (Q4), een totaal van 14,32 dollar. De wereldwijde omzet en winst bedroegen respectievelijk 17,928 miljard dollar en 3,688 miljard dollar (winstpercentage van 20,57%).

71. In 2014 bedroeg de ARPU voor Europa: 2,44 dollar (Q1), 2,84 dollar (Q2), 2,87 dollar (Q3) en 3,45 dollar (Q4), een totaal van 11,60 dollar. De wereldwijde omzet en winst bedroegen respectievelijk 12,466 miljard dollar en 2,94 miljard dollar (winstpercentage van 23,58%).

72. In 2013 bedroeg de ARPU voor Europa: 1,60 dollar (Q1), 1,87 dollar (Q2), 1,96 dollar (Q3) en 2,61 dollar (Q4), een totaal van 8,04 dollar. De wereldwijde omzet en winst bedroegen respectievelijk 7,872 miljard dollar en 1,5 miljard dollar (winstpercentage van 19,05%).

64. Zie A.P. Engelfriet, 'Schadevergoeding bij online auteursrechtinbreuk: stand van zaken 2015', *AMI* 2015, afl. 5, p. 125-130.

65. G. Maglieri & B. Custers, 'Pricing privacy – the right to know the value of your personal data', *Computer Law & Security Review* 2018, afl. 2, p. 294.

66. Zie uitvoerig T.E. van der Linden & T.F. Walree, 'De collectieve procedure als oplossing voor het privaatrechtelijke handhavingstekort bij een datalek?', *AVeS* 2018/20, p. 105-113; N. Vrugt & W.F. Dammers, 'Massaschadeclaims voor betrokkenen onder de AVG volgens Nederlands recht', *Privacy & Informatie* 2018, afl. 4, p. 114-120.

67. De jaarverslagen van Facebook zijn te raadplegen via: <https://investor.fb.com/financials/default.aspx>.



### Vordering 3. De 'licentievergoeding' voor de onrechtmatige exploitatie van persoonsgegevens

Indien geen andere verwerkingsgrondslag<sup>73</sup> bestaat voor een 'verwerkingsverantwoordelijke',<sup>74</sup> kan toestemming van de betrokkene ervoor zorgen dat de verwerking van persoonsgegevens rechtmatig wordt.<sup>75</sup> Dit was ook het geval in de onderhavige casus: de heimelijk verzamelde gegevens mochten slechts worden verwerkt op basis van toestemming van de Facebook-gebruiker. In dit geval verschaft het gegevensbeschermingsrecht een zekere exclusiviteit aan de Facebook-gebruiker ten aanzien van zijn persoonsgegevens. Toestemming van de betrokkene werkt dan als een soort licentie, waarmee de verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens rechtmatig kan verwerken.<sup>76</sup>

Voor het gebruik van een auteursrechtelijk beschermd werk mag een rechthebbende meer vragen dan gebruikelijk is in de markt. Hij moet dan wel aantonen dat hij daadwerkelijk deze hogere prijs rekende aan partijen die zijn werk willen exploiteren.<sup>77</sup> Een Facebook-gebruiker vroeg echter niet eerder geld aan Facebook voor het gebruik zijn persoonsgegevens. De Facebook-gebruiker wordt immers 'betaald' door middel van toegang tot de dienst en alle bijbehorende functionaliteiten. Een rechter zal daarom moeten uitgaan van een gemiddelde prijs voor een licentie. Er is uiteenlopend onderzoek gedaan naar het bedrag dat een betrokkene verlangt voor het gebruik van zijn persoonsgegevens. In chronologische volgorde:

- Amerikaans onderzoek (2007) onder Amerikaanse studenten laat zien dat als zij de keuze hebben tussen een geldbedrag en het niet verstrekken van één persoonsgegeven, dat zij kiezen voor geld, zelfs als het bedrag niet erg hoog is (**0,25 dollar**).<sup>78</sup>
- Spaanse onderzoek (2013) onder Spaanse deelnemers laat zien dat zij hun persoonsgegevens,

die betrekking hebben op hun offline identiteit (zoals leeftijd, geslacht, adres en salaris), waarderen op **25 euro**. Gegevens over hun surfgedrag schatten zij op **7 euro**. Zoektermen en aankoopgegevens worden gewaardeerd op respectievelijk **2 euro** en **5 euro**. Andere online-gerelateerde persoonsgegevens zoals interacties op sociale media en online transacties waarderen zij respectievelijk op **12 euro** en **15,50 euro**.<sup>79</sup>

- Een Nederlandse masterstudent (2014) deed onderzoek naar de bereidheid van Nederlandse automobilisten om hun gegevens te verstrekken aan hun verzekeraar. Uit het onderzoek blijkt dat zij voor een korting van **2,27 euro** per maand op hun polis bereid zijn hun gps-locatie continu te delen. Komt daar het rijgedrag bij, dan bedraagt die korting **2,98 euro** per maand. Voor advertenties van derden op basis van rijgegevens willen zij een bedrag van **2,77 euro** per maand.<sup>80</sup>
- Volgens Amerikaans onderzoek (2015) onder Amerikaanse, Japanse en Europese consumenten is de gemiddelde waarde van één persoonsgegeven **19,60 dollar**. De namen van vrienden en familieleden schatten zij op **23,50 dollar**, het woonadres op **12,90 dollar**, de gps-locatie op **16,10 dollar** en hobby's en interesses op **12,20 dollar**. De hoogste waarde kennen consumenten toe aan wachtwoorden (**75,80 dollar**).<sup>81</sup>
- Volgens Amerikaans en Nederlands onderzoek (2018) zijn Amerikaanse Facebook-gebruikers gemiddeld bereid om voor **50 dollar** één maand te stoppen met Facebook. Ervan uitgaande dat de Facebook-gebruiker bewust is van het feit dat hij met zijn gegevens betaalt voor het gebruik van Facebook, zou men kunnen stellen dat de Facebook-gebruiker het gebruik van zijn gegevens door Facebook maximaal 50 dollar per maand waard vindt.<sup>82</sup>

De bedragen variëren van **0,25 dollar** tot **75,80 dollar**. Daarbij moet worden benadrukt dat er verschillende typen persoonsgegevens (zoals NAW-ge-

73. Elke rechtmatige verwerking van persoonsgegevens moet worden gebaseerd op een van de zes verwerkingsgrondslagen, zoals genoemd in art. 6 AVG of art. 8 Wbp (oud).

74. De verwerkingsverantwoordelijke is 'een natuurlijke persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, een dienst of een ander orgaan die/dat, alleen of samen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt' (art. 4 sub 7 AVG).

75. H. Zech, 'A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data', *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2016, p. 464.

76. Zie ook E. Verheul e.a., *Polymorphic Encryption and Pseudonymisation for Personalised Healthcare*. A Whitepaper, 30 september 2016. Te raadplegen via: <https://eprint.iacr.org/2016/411.pdf>.

77. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 5 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1227, r.o. 4.14.

78. J. Grossklags & A. Acquisti, 'When 25 Cents is too much: An Experiment on Willingness-To-Sell and Willingness-To-Protect Personal Information', *6th Annual Workshop on the Economics of Information Security (WEIS 2007)*. Te raadplegen via: <https://www.econinfosec.org/archive/weis2007/papers/66.pdf>.

79. J.P. Carrascal (e.a.), 'Your browsing behavior for a Big Mac: Economics of Personal Information Online', *Proceedings of the 22nd international conference on World Wide Web (WWW '13)*, p. 189-200. Te raadplegen via: <http://www2013.w3c.br/proceedings/p189.pdf>.

80. S.A.J.P. Derikx, 'The Buy-off Value of Privacy with PAYD Insurance' (24 november 2014), te raadplegen via: <https://repository.tudelft.nl/islandora/object/uuid:e0c9c451-b2b4-4074-b11b-8e825c833329/datastream/OBJ/download>.

81. Ponemon Institute, 'Privacy and Security in a Connected Life: A Study of US, European and Japanese Consumers' (maart 2015), te raadplegen via: [https://www.trendmicro.de/cloud-content/us/pdfs/security-intelligence/reports/rt\\_privacy\\_and\\_security\\_in\\_a\\_connected\\_life.pdf](https://www.trendmicro.de/cloud-content/us/pdfs/security-intelligence/reports/rt_privacy_and_security_in_a_connected_life.pdf).

82. E. Brynjolfsson, F. Eggers & A. Gannamaneni, 'Using Massive Online Choice Experiments to Measure Changes in Well-being', *NBER Working Paper No. 24514* (april 2018). Te raadplegen via: <http://www.nber.org/papers/w24514.pdf>.

gevens, rijgedrag of locatiegegevens) werden onderzocht. Indien de rechter een schadevergoeding toekent op basis van de onrechtmatige exploitatie van persoonsgegevens, zou het in het licht van deze onderzoeken logisch zijn als de rechter aansluiting zoekt bij bovenstaande bedragen.

#### 4.2. Immateriële schade

Hoewel de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft met betrekking tot het bepalen van de omvang van een immateriële schadevergoeding,<sup>83</sup> zal hij rekening houden met de bedragen die Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen hebben toegekend.<sup>84</sup> Aansluiten bij eerder toegekende bedragen in vergelijkbare gevallen is dus een belangrijk gezichtspunt. Als de rechter meent dat de Nederlandse Facebookgebruiker in zijn persoon is aangetast, en kijkt naar andere gevallen waarin een immateriële schadevergoeding werd toegekend na een onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens: wat is dan een realistisch bedrag? In de rechtspraak omtrent onrechtmatige verwerkingen variëren de immateriële schadevergoedingen van **100 euro** tot **5000 euro**. De feiten in dit schandaal zijn echter moeilijk te vergelijken met de zaken waarin schadevergoeding aan de betrokkene werd toegekend. Een vergelijking met het vonnis van de rechtbank Noord-Nederland ligt het meest voor de hand.<sup>85</sup> Ook in die zaak betrof het een gegevensverwerking met beperkte gevolgen voor de betrokkene. De rechtbank kende in deze zaak 100 euro toe aan de betrokkene. Evenwel werd in die casus gevoelige informatie over de financiële positie van de betrokkene gebruikt voor een gericht aanbod. De impact op de persoonlijke levenssfeer in die zaak lijkt dus groter dan wat de Nederlandse Facebook-gebruiker in redelijkheid kan ervaren als gevolg van dit schandaal. Aan de andere kant is het faciliteren van de heimelijke gegevensverzameling door Facebook minstens zo ernstig als de onrechtmatige verwerking door het advocatenkantoor. Indien de rechter oordeelt dat er sprake is van een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW, is daarom, gelet op het vonnis van de recht-

bank Noord-Nederland, **100 euro** een realistisch bedrag voor een immateriële schadevergoeding. Met het uitzicht op een dergelijk bedrag is het voor de Nederlandse Facebook-gebruikers financieel aantrekkelijker om de krachten te bundelen in een collectieve procedure.<sup>86</sup> Hierbij moet worden opgemerkt dat 100 euro per individu mogelijk een te hoog bedrag is als een grote groep Facebook-gebruikers een schadevergoeding claimt. Een rechter kan rekening houden met de mogelijkheid dat een groot aantal betrokkenen – individueel of door middel van een collectieve procedure – een claim indient tegen Facebook, waardoor de som aan schadevergoedingen enorm kan zijn.<sup>87</sup> Dan kan de totale som aan schadevergoedingen in Nederland in potentie oplopen tot 9 miljoen euro, en wereldwijd zelfs tot 8,7 miljard euro.<sup>88</sup> De vraag is dan of een dergelijk totaalbedrag billijk is. De sanctionering van de inbreuk is ook gewaarborgd met een kleinere immateriële schadevergoeding per betrokkene, mits de totaalsom van die vergoedingen substantieel is. Indien een rechter hierop vooruitloopt, acht ik het reëel dat de toegekende schadevergoeding per betrokkene lager zal zijn dan 100 euro.

#### 5. Conclusie

In deze bijdrage onderzocht ik of een schadeclaim door de Nederlandse Facebook-gebruiker kans van slagen heeft en welk bedrag hij dan eventueel kan claimen. Door de ogenschijnlijke afwezigheid van (juridisch relevante) schade, maar ook door het ontbreken van vergelijkbare gevallen in de rechtspraak, schat ik de kansen van de Nederlandse Facebook-gebruiker niet hoog in.

Voor vermogensschade behoren een vordering tot winstaafdracht en een schadevergoeding gebaseerd op een misgelopen licentievergoeding in theorie tot

83. De rechter mag met alle omstandigheden van het geval rekening houden bij de begroting van die schade, en heeft zelfs de bevoegdheid, indien hij daartoe gronden aanwezig oordeelt, om geen schadevergoeding toe te kennen. Zie HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1337, NJ 2002/91, m.nt. C.J.H. Brunner (B./C.), r.o. 3.6; HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240 (Woudsend), r.o. 6.4.

84. P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming & Recht, deel 77), Deventer: Kluwer 2013, p. 79. Zie ook HR 8 juli 1992, NJ 1992/714 (Academisch Medisch Centrum/O), r.o. 3.3; HR 17 november 2000, NJ 2001/215 (Druifff/Bouw), r.o. 3.6.

85. Rb. Noord-Nederland 3 mei 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1700 (X/Advocatenkantoor).

86. Zie Van der Linden & Walree 2018 en Vrugt & Dammers 2018 over de (on)mogelijkheden van een collectieve procedure bij een onrechtmatige verwerking.

87. Vgl. in andere zin J.L. Smeehuijzen & A.J. Verheij, 'Vergt het wetsvoorstel afwikkeling massaschade een bijzondere wijze van schadeberekening? Nee', *NJB* 2018/1241, afl. 25, p. 1797-1798. Zij signaleren dat de massaschade die de schadeveroorzaker veroorzaakt een optelsom is van individuele schades. Dat die schade het gevolg is van een enkele gebeurtenis biedt volgens hen nauwelijks een rechtvaardiging om de schadeveroorzaker meer of minder dan de som van het totaal te laten betalen. Aan de andere kant stellen zij dat immateriële schade 'intrinsiek onbepaalbaar' is en de hoogte van de immateriële schadevergoeding zich vanuit het bestaande schadebegrip moeilijk laat falsificeren. De stelling dat er geen rechtvaardiging is om de schadeveroorzaker minder dan de som van het totaal te laten betalen, lijkt daarom betrekking te hebben op materiële schade.

88. Ter vergelijking: de maximale boete die Facebook kan krijgen op grond van de AVG is 20 miljoen euro of 4% van de totale wereldwijze omzet in het voorgaande boekjaar' (art. 83 lid 5 AVG). Voor Facebook betekent dit over 2017 een maximale boete van 1,62 miljard dollar.

de mogelijkheden. Het bedrag dat de Facebookgebruiker in potentie kan claimen is echter gering. Bovendien zijn deze vorderingen vooralsnog onbekend bij de handhaving van het gegevensbeschermingsrecht.

Conventioneler is een claim voor immateriële schade. De drempel voor toekenning van een immateriële schadevergoeding is echter hoog. Gezien het feitencomplex biedt de rechtspraak omtrent integriteitsschade weinig perspectief voor de betrokkene, maar recente uitspraken met betrekking tot het gegevensbeschermingsrecht bieden reden tot optimisme bij de getroffen Facebook-gebruiker. Met het oog op die uitspraken valt niet uit te sluiten dat de rechter oordeelt dat er sprake is van een persoonsaantasting van de Nederlandse Facebook-gebruiker en een immateriële schadevergoeding gerechtvaardigd acht. In dat geval lijkt **100 euro** een realistisch bedrag.